

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων καθώς και εν συνόλω της Διακήρυξης.

Στην υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με το οποίο ειδικότερα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης διακήρυξης μέχρις ότου εκδοθεί απόφαση επί της υπό κρίση προσφυγής άλλως να ληφθεί το προσφορότερο κατά την κρίση της Α.Ε.Π.Π. ασφαλιστικό μέτρο.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ποσού 15.000€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου) [προϋπολογισθείσα δαπάνη άνευ Φ.Π.Α.: 8.668.869,44 ευρώ].

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή στις 07-11-2018, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την λήψη γνώση της προσβαλλομένης στις 29-10-2018, κατά δήλωση της αιτούσας.

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της υπόψη σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε 8.668.869,44 € πλέον Φ.Π.Α. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσής της, ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της ΑΕΠΠ κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, με την παρούσα προσβάλλονται οι όροι 2.2.5. σελ.17, σημείο 4 παράρτημα ΙΙ σελ 43, σημείο 2.4.3 (θ) σελ 26, σημείο 6 παράρτημα ΙΙ σελ 43, σημείο 1.3, και σημείο 12 παράρτημα ΙΙ σελ 43 της ανωτέρω Διακήρυξης.

6. Επειδή, με τον πρώτο, δεύτερο και τρίτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.5.2. της Διακήρυξης (2.2.5.2. «Θα πρέπει κατά την τελευταία τριετία (2015-2016-2017) και έως τη δημοσίευση της διακήρυξης, να έχει εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις με αντικείμενο τη διανομή τυποποιημένων ειδών διατροφής σε προγράμματα διανομής τροφίμων, τουλάχιστον ίσης ή μεγαλύτερης αξίας του 75% της προϋπολογισθείσας δαπάνης του υπό ανάθεση έργου (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.). Για τη βεβαίωση του ανωτέρου θα προσκομισθούν οι αντίστοιχες συμβάσεις που θα συνοδεύονται με αποδεικτικά καλής εκτέλεσης και θα κατατεθούν κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών συμμετοχής») είναι πολλαπλώς ακυρωτέος και τούτο καθιστά τη Διακήρυξη άκυρη εν τω συνόλω της διότι όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της, περιορίζει αδικαιολόγητα τον αριθμό των υποψηφίων και την πρόσβαση ικανών επιχειρήσεων στον ανοιχτό αυτόν διαγωνισμό ορίζοντας ως κριτήριο την εκτέλεση κατά την προηγούμενη τριετία έργων αξίας (75%) 6.501.652,08€. Με τον δεύτερο λόγο της η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή διά της προσβαλλομένης διακήρυξης) περιορίζει αδικαιολόγητα τον αριθμό των υποψηφίων και την πρόσβαση ικανών επιχειρήσεων με τον τιθέμενο περιορισμό περί διανομής τυποποιημένων τροφίμων μόνον σε προγράμματα διανομής τροφίμων. Με τον τρίτο λόγο της η προσφεύγουσα ουδόλως δικαιολογεί καθ' οιονδήποτε τρόπο το λόγο θέσεως αυτών των μη σύνομων περιορισμών. Ειδικότερα, ο προσβαλλόμενος όρος: α) προσδιορίζει ως ιδιότητα η μη συνδρομή της οποίας επισύρει αποκλεισμό την εκτέλεση «κατά το διάστημα της τριετίας 2015-2016-2017 και έως τη δημοσίευση της Διακήρυξης», «συμβάσεων με αντικείμενο την διανομή τυποποιημένων ειδών διατροφής σε προγράμματα διανομής τροφίμων» «τουλάχιστον ίσης ή μεγαλύτερης αξίας του 75% της προϋπολογισθείσας δαπάνης του υπό ανάθεση έργου μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ», δηλαδή: $8.668.869,44 \times 75\% = 6.501.652,08\text{€}$. Η Αναθέτουσα Αρχή στην διευκρίνιση της με αρ. πρωτ./549069(5363)-02/11/18, που κοινοποιήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ στις 06/11/18 σε ερώτηση άλλων υποψηφίων αναδόχων (απάντηση σε εταιρία «.....» δίδει την εξής διευκρίνιση όσον αφορά την ανωτέρω προϋπόθεση: *«Οι συμβάσεις αφορούν την υλοποίηση αντίστοιχων επισιτιστικών προγραμμάτων δωρεάν διανομής τροφίμων, είτε του Δημοσίου, είτε του Ιδιωτικού Τομέα»*. β) Τέτοια ιδιότητα/προϋπόθεση αποκλείει του διαγωνισμού όλους τους υποψηφίους – και την έχουσα μακρά και αποδεδειγμένη και συναφή με το ως αντικείμενο επαγγελματική ικανότητα προσφεύγουσα εταιρεία – πλην των δύο επιχειρήσεων, οι οποίες ανέλαβαν το έργο του προηγούμενου διαγωνισμού από την ίδια Αναθέτουσα Αρχή. γ) Αποκλείει και την μελλοντική συμμετοχή άλλων, πλην των ως άνω δύο συγκεκριμένων, μεσαίων επιχειρήσεων διότι, με μαθηματική ακρίβεια, οι ως άνω δύο ή ο ένας εξ αυτών θα αναλάβει (ως πληρών την ως άνω προϋπόθεση) το εν λόγω έργο ενώ θα αποκλεισθούν όλοι οι άλλοι, ώστε και κατά τον επόμενο σχετικό διαγωνισμό να είναι ο μόνος ο οποίος θα πληροί αυτήν την προϋπόθεση, εφόσον αυτή, πιθανότατα, τεθεί πάλι ως όρος (προϋπόθεση), όπως στο παρόντα διαγωνισμό. δ) Αποκλείει την συμμετοχή

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

υποψήφιων, οι οποίοι ναι μεν δύνανται να έχουν αναλάβει και εκτελέσει έργα διανομής τυποποιημένων ειδών διατροφής σε προγράμματα και να αποδεικνύεται η εμπειρία τους, πλην όμως είναι αδύνατο, συγκεντρωτικά, να έχουν εκτελέσει έργα, που το ύψος τους να ανέρχεται στην αξία του ποσοστού του 75% δηλαδή ποσού 6.398.000€, όπως ζητά ο εν λόγω διαγωνισμός, χωρίς να έχουν αναλάβει το έργο του 2017 της ε) Το τιθέμενο, επομένως, κριτήριο δηλαδή η απαίτηση να έχει εκτελεσθεί την τριετία 2015-2016-2017 έργο αξίας 6.501.652,08€ διανομής τυποποιημένων ειδών διατροφής και δη μόνον σε προγράμματα διανομής τροφίμων βαίνει πέραν του αναλόγου μέτρου στην προκειμένη ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία σε σχέση με τη συνήθη εμπειρία καταλλήλων οικονομικών φορέων και η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε, προκειμένου νομίμως να το περιλάβει στη Διακήρυξη, να αιτιολογήσει ειδικώς και επαρκώς ότι τούτο εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον πράγμα που δεν κάνει ούτε στη Διακήρυξη ούτε μεταγενέστερα και πλήττει, έτσι, τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερομένων, καθιστώσα ούτω ακυρωτέο τον σχετικό προσβαλλόμενο όρο. Η απαίτηση της προσβαλλομένης (όρος 2.2.5.2.) ότι θα ληφθεί και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα και μόνον σε «προγράμματα διανομής τροφίμων» δηλαδή είναι αφ'εαυτής άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό. Κατ' ακολουθίαν ο ως άνω όρος, και η Διακήρυξη εν συνόλω, είναι ακυρωτέος διότι πλήττει το δημόσιο συμφέρον και παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος είναι ακυρωτέος επειδή εκτός της υπερβάσεως του μέτρου ο όρος τούτος είναι ασαφής διότι ορίζει ως χρονικό διάστημα την τριετία 2015-2016 -2017 έως, όμως, και της 16.10.2018 (δημοσίευση της Διακήρυξης) δίχως να προσδιορίζει εάν ή όχι συμπεριλαμβάνονται ή δύνανται εγκύρως να συμπεριληφθούν και έργα αναληφθέντα κατά το δεκάμηνο Ιανουαρίου – Οκτωβρίου 2018, ενώ κατά το Ν. 4412/2016 οι όροι της Διακήρυξης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

να επιτρέπουν την υποβολή προσφορών από ευρύτερο αριθμό υποψηφίων δίχως αμφιβολίες ή ασάφειες. Περαιτέρω, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, στο παράρτημα II στην σελ.43 της διακήρυξης στο σημείο 12 αυτής αναφέρει: «[...]Όλοι οι συμμετέχοντες θα πρέπει να προσκομίσουν δείγματα για όλα τα προσφερόμενα είδη συμπεριλαμβανομένου και του ειδικού τελάρου / πλαστικό τελάρο μιας χρήσης το οποίο να είναι από υλικό κατάλληλο για τρόφιμα στο οποίο θα τοποθετούνται τα προϊόντα ανά ωφελούμενο, το αργότερο δύο μέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού και ώρα 14.00, αφού αρχικά πρωτοκολληθεί το Δελτίο Αποστολής που τα συνοδεύει και θα περιλαμβάνεται στα δικαιολογητικά συμμετοχής. Τα δείγματα θα είναι τοποθετημένα εντός ειδικού τελάρου, όπως θα διανεμηθούν. Σε περίπτωση που ο προμηθευτής δεν ακολουθήσει την συγκεκριμένη διαδικασία, θα αποκλείεται[...]. Πέραν του ότι δείγματα δεν έχουν ζητηθεί από καμία άλλη Αναθέτουσα Αρχή για διαγωνισμό σημειώνονται τα εξής: α) Τα δείγματα ζητούνται δύο ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού. Τούτο δεν είναι νόμιμο, είναι αντίθετο στην αρχή της διαφάνειας και της εμπιστευτικότητας των Δημόσιων διαγωνισμών διότι με την κατάθεση των δειγμάτων δύναται να γίνουν γνωστοί, σε ευρύ κύκλο ανθρώπων, οι υποψήφιοι ανάδοχοι, που πρόκειται να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό. β) Σύμφωνα με το άρθρο 214 του Ν.4412/2016 Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις (παρ 1 – β) ορίζεται: «[...]Στην περίπτωση αυτή υπάγονται δείγματα που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς όταν απαιτούνται από τα έγγραφα της ΣΥΜΒΑΣΗΣ[...]. Στην παράγραφο 4 του ανωτέρω άρθρου αναφέρεται: «[...] Εφόσον από τα έγγραφα της Σύμβασης δεν προβλέπεται κατάθεση δειγμάτων, προσκομιζόμενα από του προμηθευτές δείγματα δεν γίνονται δεκτά[...]. Στο σχέδιο Σύμβασης που παρατίθεται στη Διακήρυξη και ιδιαίτερα στο άρθρο 7 αυτής αναφέρει μόνο δείγματα κατά την παράδοση παραλαβή των προϊόντων και σύμφωνα με το άρθρο 208 παρ. 3 του Ν.4412/2016. γ) Επίσης λεκτέο ότι στην παρ. 5 του άρθρου 214 του Ν.4412/2016 αναφέρεται: «Τα δείγματα της κατηγορίας β) αξιολογούνται κατά το στάδιο αξιολόγησής

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

της τεχνικής προσφοράς με τον τρόπο που καθορίζεται σαφώς στα έγγραφα της Σύμβασης (Μακροσκοπικός έλεγχος – εργαστηριακός έλεγχος – πρακτική δοκιμασία ή συνδυασμούς αυτών». Στην προκείμενη περίπτωση από την Διακήρυξη ζητούνται να κατατεθούν δείγματα αλλά δεν καθορίζονται σαφώς οι έλεγχοι που θα πραγματοποιηθούν. Επομένως οι σχετικές, με την κατάθεση δειγμάτων, διατάξεις της Διακήρυξης είναι ασαφείς και πρέπει να ακυρωθούν. Με τον έκτο λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι: Στη Διακήρυξη ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ σελ.43 σημείο 6 αναφέρεται: «Ο ανάδοχος υποχρεούται να παραδίδει τα προς προμήθεια είδη σε ανοιχτές συσκευασίες – τελάρα[...]», το τελάρο είναι πλαστικό σελ.43 Διακήρυξη σημείο 12. Ο όρος αυτός είναι ασαφής διότι δεν αναφέρει τις προδιαγραφές του τελάρου π.χ. βάρος – διαστάσεις – υλικό κλπ. Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί ως αόριστος επιπλέον το πλαστικό πρέπει να αποφευχθεί για περιβαλλοντολογικούς λόγους. Με τον έβδομο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: στη διακήρυξη το σημείο 2.4.3 (θ) σελ. 26 αναφέρει: «Άδειες ή βεβαίωση καταλληλότητας για τα μέσα μεταφοράς της επιχείρησης από τις αρμόδιες υπηρεσίες και για τα είδη που προσφέρονται στην διακήρυξη». Ο όρος αυτής πρέπει να ακυρωθεί, διότι οι άδειες για τα μέσα μεταφοράς εκδίδονται π.χ. για τρόφιμα ξηρού φορτίου ή ψυγεία για κρέατα – τυροκομικά κτλ. Δεν υπάρχει άδεια για κάθε τρόφιμο. Ακόμη, με τον όγδοο λόγο προβάλλεται ότι: στο παράρτημα ΙΙ – Απαιτήσεις - τεχνικές προδιαγραφές ΕΙΔΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ σημείο 4 σελ.43 αναφέρεται: «της συσκευασίας με τεκμηριωμένη και αποδεδειγμένη παρουσίαση καταγραφής μηχανικής και ηλεκτρονικής υποστήριξης». Το σημείο αυτό είναι τελείως ασαφές και αόριστο, δεν αναφέρεται τι είδους μηχανική καταγραφή επιθυμεί, τι είδους μηχάνημα, τι προδιαγραφές να έχει το μηχάνημα ή τα μηχανήματα. Το ίδιο ισχύει και για την ηλεκτρονική υποστήριξη.

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι η ίδια συνιστά εταιρία που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται εκ των με την υπό εξέταση Προσφυγή της προσβαλλόμενων όρων, στο μέτρο που αυτοί ενσωματώνουν υπερβολικές, περιοριστικές και απρόσφορες απαιτήσεις, που ουδένα σκοπό εξυπηρετούν, αντιθέτως περιορίζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στο πλαίσιο τήρησης της αρχής *favor participationis*. Εξάλλου, κατά τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων αυτής, ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, συνεπώς και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά για την υπό ανάθεση σύμβαση, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς της.

8. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368».

9. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

10. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

11. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

12. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

14. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

15. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ. 582759 (14861)/16-11-2018 έγγραφο της απέστειλε τις απόψεις τις προς την Α.Ε.Π.Π.

16. Επειδή, η αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), έχει ως εξής: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]». Σύμφωνα με το άρθρο 58 («Κριτήρια επιλογής») 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Σύμφωνα με το άρθρο 60 («Αποδεικτικά μέσα»): 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4 του

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

παρόντος άρθρου και στο παράρτημα XII ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στο άρθρο 57 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής σύμφωνα με το άρθρο 58. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 62 [...].

17. Επειδή, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την “καταλληλότητα” των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις ανωτέρω διατάξεις της Οδηγίας καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής (άρθρο 58 2014/24/ΕΕ). Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (πρ.βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13/ απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

18. Επειδή, και στην περίπτωση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας οι πληροφορίες που ζητούνται από το άρθρο 60 (βλ. ανωτ.) και το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

επάρκειας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Αυτό σημαίνει ότι: α) από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί η επάρκεια, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα β) το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη καταλληλότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι ζητούμενες από τη διακήρυξη πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας.

19. Επειδή, ο πρώτος, δεύτερος και τρίτος λόγος της προσφυγής πιθανολογούνται βάσιμοι δεδομένου ότι ο όρος 2.2.5.2. της διακήρυξης που ορίζει ως κριτήριο την εκτέλεση κατά την προηγούμενη τριετία έργων αξίας (75%) 6.501.652,08€ και μόνον σε προγράμματα διανομής τροφίμων, φέρεται να περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό χωρίς τούτο να δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης ή/και από λόγους δημοσίου συμφέροντος που να προκύπτουν από τη διακήρυξη.

20. Επειδή, η παρούσα προσφυγή δεν πιθανολογείται απαράδεκτη ενώ πιθανολογούνται ως βάσιμοι οι τρεις πρώτοι λόγοι αυτής. Παρέλκει δε η εξέταση των λοιπών λόγων αυτής στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων.

21. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη, άρθρο 1.5 Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού : « Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 12η-11-2018 και ώρα 15:00 μ.μ. Η διαδικασία θα διενεργηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ως άνω συστήματος, την 16η-11-2018, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ».

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 3.1.2. της διακήρυξης: «Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η αναθέτουσα αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων (Ν.4412/2016, άρθρο 100 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει). Ειδικότερα: (α) Η επιτροπή διαγωνισμού καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη της. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. (β) Στη συνέχεια, η επιτροπή διαγωνισμού προβαίνει στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή των τεχνικών προσφορών με βάση τα κριτήρια της παρούσας. Σημειώνεται πως η διαδικασία των σταδίων (α) και (β) της παρούσας παραγράφου μπορεί να γίνεται και ενιαία. (γ) Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι (υπο)φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση. Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά τα προηγούμενα ως άνω στάδια (α) και (β), οι (υπο)φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται αλλά τηρούνται από την αναθέτουσα αρχή μέχρι την οριστική επίλυση τυχόν διαφορών που προκύψουν από την ως άνω διαδικασία σύμφωνα με την παράγραφο 3.4 της παρούσας. (δ) Η επιτροπή διαγωνισμού προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται αιτιολογημένα την αποδοχή ή απόρριψή τους, την κατάταξη των προσφορών με βάση το οριζόμενο με την παρούσα κριτήριο ανάθεσης και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή3 απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 90 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, στην περίπτωση ισότιμων προσφορών (περίπτωση προσφορών με την ίδια ακριβώς τιμή) η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της επιτροπής του διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισότιμες προσφορές. Τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων αξιολόγησης επικυρώνονται με μία απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται στους προσφέροντες μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (σύμφωνα με το άρθρο 100, παράγρ. 4 του Ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει). Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή σύμφωνα με το άρθρο 3.4. της παρούσας.

23. Επειδή, ήδη, η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. 566834(14420)/13-11-2018 έγγραφό της προς κάθε ενδιαφερόμενο προέβη σε αναστολή της διενέργειας του διαγωνισμού και μετάθεση της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών σε χρόνο μετά την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. («Αναστολή αποσφράγισης προσφορών και μετάθεση της ημερομηνίας διενέργειας ηλεκτρονικού διαγωνισμού[...] Με το παρόν σας ενημερώνουμε ότι αναστέλλεται η αποσφράγιση των προσφορών του αναφερόμενου στο αντικείμενο του θέματος διαγωνισμού, που είχε οριστεί για τις 16-11-2018, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ., καθώς κατά των όρων της διακήρυξης έχει κατατεθεί προδικαστική προσφυγή από την εταιρεία “.....” με δ.τ. “.....”, η οποία θα εξεταστεί από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) στις 6-12-2018.Μετά την έκδοση της απόφασης από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), θα ενημερωθείτε σχετικά με την εξέλιξη του εν λόγω διαγωνισμού από την Υπηρεσία μας[...]).

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018

24. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης δεν υπάρχει κίνδυνος να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ούτε να αποτραπεί ενδεχόμενη βλάβη της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι η προσβαλλομένη πρέπει να ακυρωθεί.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 16-11-2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε στις 19-11-2018.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου

Αριθμός απόφασης: Α 510 / 2018